

『서울대학교 法學』 제54권 제3호 2013년 9월 393~432면  
Seoul Law Journal Vol. 54 No. 3 September 2013. pp. 393~432

〈특집: 일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구〉

## 일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구\*

- 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결 -

南 孝 淳\*\*

### 요 약

대법원(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결)은 일제강점기에 강제노동을 당하였던 한국인(일제강제징용 피해자)들이 일본기업인 신일본제철을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 신일본제철이 자신들의 채무가 소멸시효 완성되었음을 주장하는 것은 신의칙에 위반하여 권리남용이 된다는 판단을 내리고 있다. 다시 말하면, 대상판결은 일제강제징용 피해자들의 권리가 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 보아 소멸시효남용의 법리를 인정하고 있다. 그런데 우리 민법과 판례는 권리의 장애사유에 대하여 다양한 법적 효과를 인정하고 있다. 우선 민법 제166조 제1항이 규정하고 있는 권리의 불행사를 판례와 통설은 법률상의 장애가 없음에도 불구하고 권리를 행사하지 않는 것 즉, 법률상 장애로 인한 권리의 불행사를 의미한다고 한다. 또 민법 제766조는 권리의 발생에 대한 사실상의 장애에 대하여 소멸시효의 진행 자체를 인정하지 않고 있다. 또 민법 제166조 제1항과 관련하여 권리자가 손해의 발생여부 또는 권리의 발생 여부를 과실 없이 객관적으로 알기 어려운 상황에 있는 경우 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 “정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없다.”는 이유로 예외적으로 소멸시효의 진행을 부정하고 있다. 그리고 민법(제179조 내지 제182조)은 소멸시효가 거의 완성되어 갈 무렵에 권리자에게 시효를 중단시키는 것이 불가능하거나 대단히 곤란한 사정이 존재하는 경우 시효기간의 진행을 일시적으로 멈추게 하고 그러한 사정이 없어졌을 때에 나머지 기간을 진행시키는 소멸시효의 정지제도를 인정하고 있다. 마지막으로 판례는 대상판결과 같이 권리의 행사에 대하여 일정한 장애 등이 있는 경우에는 소멸시효남용의 법리를 인정하고 있다.

\* 이 논문은 2013. 5. 10. 서울대학교 법학연구소가 개최한 학술대회 <일제강제징용사건 대법원판결에 대한 종합적 연구>에서 발표한 원고를 수정·보완한 것으로, 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

판례가 궁극적으로 소멸시효남용의 법리를 통하여 얻으려고 하는 효과는 제166조 제1항의 적용과 관련하여 예외를 인정하여 “정의와 형평에 맞지 않고 소멸시효제도의 존재이유에도 부합하지 않는 경우”의 효과와 동일하다고 할 것이다. 이러한 점에서 대상판결이 해당 사건을 소멸시효의 남용에 의하여 규율하는 것은 적절한 것인지가 의문이라고 할 것이다. 또 대상판결은 피고들의 주장이 신의칙에 위반한다면 원고들의 권리가 판결이 있는 날(2012. 5. 24.) 이후에는 어떠한 상태에 놓이게 되는지에 대하여 아무런 언급을 하고 있지 않다. 즉, 일률적으로 소멸시효남용의 법리를 적용한다고 하더라도 그 요건사실인 사정들의 성질과 법적 함의가 다르기 때문에 원고들의 권리가 구체적으로 어떠한 상태에 놓이는지는 여전히 의문이 제기되기 때문이다.

주제어: 일제강점기 손해배상청구권과 미수금청구권의 소멸시효, 소멸시효(원용)의 남용, 소멸시효기간의 기산점, 권리의 불행사, 권리발생상의 장애, 권리행사상의 법률상의 장애, 권리행사상의 사실상의 장애, 소멸시효정지

## I. 서 론

대법원은 일제강점기에 강제노동을 당하였던 한국인(일제강제징용 피해자)들이 일본과 일본기업들을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 일련의 판결(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결)을 내리고 있다. 이상의 판결들은 일본기업들이 원고들의 권리가 소멸시효 완성되었음을 주장하는 것은 신의칙에 위반하여 권리남용이 된다고 판시하였다. 이 논문에서는 이상의 판결 중 신일본제철을 피고로 하는 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결을 검토하기로 한다. 첫째, 대상판결은 원고들이 “객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다.”고 판시하여 권리남용을 인정하고 있다. 그러나 대상판결의 판단처럼, 해당 사실이 단순히 권리행사상의 장애사유에 지나지 않는 것이라면, 이러한 권리행사상의 사실상의 장애사유에 대하여 소멸시효의 진행을 인정하지 않는 기존의 판례와 동일한 측면을 가지고 있다. 따라서 대상판결은 해당 사건을 그 동안 판례가 인정하여 왔던 권리행사상의 사실상의 장애에 관한 규율에 따라야 하는 것이 아닌가 하는 의문이다.<sup>1)</sup> 둘째, 대상판결은 피고들의 주장이 신의칙에 위반한다면 원고들의 권리가 판결이 있는 날(2012. 5. 24.) 이후에는 어떠한 상태에 놓이게 되는

지에 대하여 아무런 언급을 하고 있지 않다. 이는 소멸시효남용의 요건사실이 다양하고 잡다하여 하나의 법적 효과를 부여하는 것이 적절하지 않다는 사실에서 비롯되는 것이다. 이상의 두 가지 점에 대한 소멸시효남용에 관한 판례를 먼저 검토한 후에, 대상판결을 검토하기로 한다.

## II. 이 사건의 사실관계

일본 정부 직속기구인 철강통제회는 1941. 4. 26. 설립이 되어 일본 정부와 협력하여 한반도에서 노무자들을 동원하였다. 피고 구 일본제철은 철강통제회에서 주도적인 역할을 하였다.

피고 구 일본제철은 패전 후 회사경리응급조치법(1946. 8. 15. 법률 제7호), 기업재건정비법(1946. 10. 19. 법률 제40호)에서 각각 특별경리회사와 특별경리주식회사로 지정된 후 1950. 4. 1.에 해산되었다. 구 일본제철은 회사경리응급조치법, 기업재건정비법에 따라 1946. 8. 11.을 기준으로 신계정과 구계정으로 구분하여, 그 이전까지 발생한 구계정상의 채무는 구일본제철의 해산 및 정산절차에 맡겨 구계정에 따르게 되었다. 한편 1946. 8. 11. 이후의 기업활동은 신계정에서 행하고 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 기존 재산을 신계정에 속하도록 하였다. 구계정상의 구채권은 변제 등 소멸행위를 금지하되, 예외적으로 변제를 인정하는 경우에도 구계

1) 그 밖에 이 사건은 여러 분야의 법에 걸쳐 많은 쟁점을 가지고 있다. 첫째, 이 사건에 대하여 대한민국의 법원은 국내재판의 국제재판 관할권을 갖는가 하는 쟁점이다. 이는 국제사법상의 쟁점이다. 둘째, 이 사건에 대하여 일본이 내린 원고 패소판결은 국내판결로서 승인이 되어야 하는 것이 아닌가 하는 쟁점이다. 이는 민사소송법상의 쟁점에 해당한다. 셋째, 불법행위를 자행하고 또 미수금을 지불하지 않았던 피고 구 일본제철은 1950. 4. 1. 해산이 되었는데, 그 후 설립된 신일본제철이 구 일본제철의 지위를 승계한다고 할 수 있는가 하는 쟁점이다. 구 일본제철은 해산절차를 거쳐 소멸되었는데, 새로 설립된 신일본제철이 구 일본제철과 실질적으로 동일한 법적 지위에 있는가 하는 문제이다. 이는 국제사법상의 쟁점임과 동시에 상법에 관한 쟁점이다. 넷째, 이 사건 원고들의 청구권은 1965. 6. 22.에 있었던 ‘대한민국과 일본간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(이하 ‘청구권협정’ 또는 ‘한일청구권협정’이라고 한다)에 의하여 소멸되지 않았는가 하는 쟁점이다. 이는 한일청구권협정의 적용범위와 효력과 관련이 있는 쟁점이다. 더더욱 한일청구권협정 체결 직후 일본은 대한민국 국민의 일본 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 것을 내용으로 하는 재산권조치법을 제정·시행하였는데 이에 의하여 원고들의 일본 및 그 국민에 대한 청구권은 소멸된 것이 아닌가 하는 문제이다. 이는 국제법상의 쟁점이라고 할 것이다.

정으로 변제하여야 하고, 신계정으로 변제하는 경우는 특별관리인의 승인 등 일정한 요건을 갖춘 경우 일정한 금액의 한도에서만 가능(회사정리응급조치법 제14조)”한 것으로 규정하였다.

피고 구 일본제철은 신계정에 속하는 재산을 현물출자하고 자산과 영업을 양도하여 1950. 4. 1. 야하타제철 주식회사, 후지제철 주식회사, 일절기선주식회사, 하리마내화연와 주식회사(이하 ‘제2회사’라고 한다)를 설립함과 동시에 해산되었다. 피고 구 일본제철이 보유하고 있던 자산과 종업원은 대부분 야하타제철 주식회사와 후지제철 주식회사로 각각 승계되었는 바, 이 중 야하타제철 주식회사는 1970. 3. 31. 일본제철주식회사로 상호를 변경하였고, 1970. 5. 29. 이후 후지제철 주식회사를 합병하여 현재에 이르고 있다.

원고 여운택·신천수는 1943. 9.경 구 일본제철이 낸 광고를 보고 입사하여, 일본의 오사카제철소에서 훈련공으로 근무하였다. 그 후 1944. 2.경에는 강제로 징용당하였다.<sup>2)</sup> 구 일본제철의 오사카제철소가 1945. 3.경 미합중국 군대의 공습으로 파괴되자 원고 여운택·신천수는 1945. 6.경 함경도 청진으로 배치되어 계속하여 강제근무하였다. 그런데 구 일본제철은 원고 여운택·신천수의 임금을 이들 명의로 강제 입금한 후 관리하여, 원고 여운택·신천수는 임금을 전혀 받지 못하였다. 그리고 원고 여운택·신천수는 강제징용이 된 후에도 계속하여 임금을 지급받지 못하였다.

원고 여운택·신천수는 1997. 12. 24. 일본 오사카지방법재판소에 피고 구 일본제철과 일본을 상대로 국제법 위반 및 불법행위 등을 이유로 한 손해배상금과 강제노동기간 동안 지급받지 못한 임금 등의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 원고 여운택·신천수는 2001. 3. 27. 시효완성을 이유로 원고청구기각 판결을 선고받았으며, 그 후 오사카고등재판소에 항소하였으나 2002. 11. 19. 항소기각판결을 선고받았으며, 최종적으로 2003. 10. 9. 최고재판소의 상고기각 및 상고불수리 결정에 의하여 패소판결은 확정되었다.

원고 여운택·신천수는 일본소송이 종료한 후 2005. 2. 28. 서울중앙지방법원에

2) 이 사건의 원고로는 그 밖에 이춘식과 김규수가 있다. 원고 이춘식은 1941년 구 일본제철의 가마이시제철소에 근무하였고, 원고 김규수는 1943년 1월경 구 일본제철의 야하타제철소에 근무하였으나, 이들 역시 임금을 전혀 지불받지 못하였다. 원고 이춘식, 김규수는 1945년 8월경부터 같은 해 12월경까지 사이에 자신들이 근무하던 제철소가 공습으로 파괴되어 일본이 패전하자, 구 일본제철에서 더 이상 강제노동을 시킬 수 없게 되자 각각 고향으로 돌아왔다.

피고를 상대로 국제법 위반 및 불법행위를 이유로 한 손해배상금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.<sup>3)</sup>

### Ⅲ. 일제강점기 한국인 노무자의 강제동원과 노무자의 미수금 현황

원고 여운택·신천수가 일본에 강제동원이 된 역사적 배경과 그들이 일본의 기업으로부터 지급받지 못한 미수금과 관련된 현황을 잠시 살펴보기로 한다.

#### 1. 일제강점기 1938. 4. 1.자 「국가총동원법」에 의한 한국인 노무자 강제 동원

일본은 1937년 중·일전쟁을 일으킨 후 전쟁 수행에 필요한 인적, 물적 자원을 충원할 필요가 발생하였다. 그리고 이러한 필요성은 1941년 태평양전쟁을 도발한 후에는 더욱 증대하였다. 드디어 일본은 1938. 4. 1. 「국가총동원법」과 이에 기초한 제반법령 등을 제정·공포하여, 전쟁 수행에 필요한 물자, 자본, 노동력을 강제로 동원하기 시작하였다.<sup>4)</sup> 특히 1939년에는 「국민징용령」을 제정·공포하여 조선인 청장년들을 강제동원하여 노동력을 수탈하였다. 이때가 인적·물적자원을 강제 동원하는 전시동원기에 해당한다. 따라서 식민지 조선은 식량, 노동력, 병력의 공급지가 되었고, 조선인 노동력의 강제동원도 본격적으로 실행되었다. 그 후 1945년 3월 6일 일본이 국민근로동원령(칙령 제94호)을 공포하자, 조선에서도 1945년 3월 31일자로 시행규칙이 공포(4월 1일부터 시행)되었고, 8월에는 조선 각 도에 의용대를 설립하는 등 결전을 위한 노무자동원의 마지막 몸부림이 계속되었다. 국민근로동원령은 기존의 국민징용령, 학교졸업자사용제한령, 노무조정령, 국민근로보국협력령, 여자정신근로령을 폐지하여, 이것들을 정비·통합한 것이다. 국민근로동원령은 본토 결전에 대비한 비상대책으로서 공습에 대비하여 동원행정을 간소·신속화한 시행령이다.<sup>5)</sup>

3) 일본을 상대로 하는 불법행위에 관한 소는 제기하지 않았다.

4) 그 밖에 1942년부터는 국민동원계획을 세워 근로보국대라는 이름으로 수많은 한국인을 일본 각지의 탄광·광산 군수공장·비행장 등의 군사기지 공사에 강제로 동원되었다. 1943년 8월에는 의무병역으로서 징병제를 실시하여 적령기에 이른 한국청년들을 모두 전선으로 보냈고, 1944년 1월에는 학병제를 실시하여 대학생들도 강제 소집하였다. 여자정신대제도를 만들어 한국인의 인력을 강제 수탈하였다.

일본정부는 노무자의 충원을 위하여 조선총독부를 통하여 노무자의 모집과 송출에 이르기까지 개입하였다. 일본은 중일전쟁 이전까지는 ‘모집’이라는 형식으로 일본의 광산이나 토목공사에 집단 동원하였으나, 1938. 4. 1.의 『국가총동원법』과 1939년의 『국민징용령』 이후에는 강제동원을 통하여 노동력을 수탈하였다. 일본정부는 1945년 8월까지 146만명의 조선인 청장년을 징용하여 광산·토목공사·군수공장에 투입하여 무보수, 노예노동을 시켰다.

중앙에서는 노무동원에 조선총독부가 개입하였다. 노무동원관련 행정조직은 내무국 사회과 노무계(1939) → 내무국 노무과(1941) → 후생국 노무과(1941) → 사정국 노무과(1942) → 광공국 노무과(1943) → 광공국 근로조정과·광공국 근로동원과·광공국 근로지도과·근로동원본부(1944) → 광공국 근로부 조정과·광공국 근로부 동원과·광공국 근로부 지도과(1945) → 광공국 동원과·광공국 근로부 근로제1과·광공국 근로부 근로제2과(1945)라는 복잡한 조직변천이 있었다.<sup>6)</sup> 한편 지방에서는 도와 부·군·도(島), 읍과 면에 이르기까지 내무부(도)·내무과(부)·내무계(군과 도)·노무계(또는 권업계)가 관련 부서인 소방서와 해양보호사무소, 경찰서, 철도국 영업과의 협조를 얻어서 노무동원업무를 수행하였다. 이 과정에서 관련 단체인 직업소개소와 조선노무협회, 동아여행사 등이 과정에 따라 업무를 보조하거나 지원하였고, 관련 기업은 노무동원의 송출과정에 직접 관여하였다.

일본정부가 지시를 내려 노무동원명부를 작성하였는 바, 그 중 하나인 ‘조선인 노무자에 관한 조사’ 가운데 효고(兵庫)현의 5개 기업 명부를 분석한 연구에 의하면, 미쓰비시(三菱) 이쿠노(生野) 광업소에 조선인이 들어온 마지막 입소일은 1945년 3월 20일이고, 미쓰비시 광업주식회사 아케노베(明延)광산은 2월 13일이다. 니치아(日亞)제강주식회사의 마지막 입소일도 2월 17일이었다고 한다.<sup>7)</sup>

위에서 살펴본 중앙과 지방의 행정조직을 통한 노무동원의 송출 과정은 다음과 같다.<sup>8)</sup>

- ① 1단계(노동력 조사 및 등록 단계): 조선총독부, 노동력 조사 및 등록을 실시하고 그 결과를 매년 노무동원계획에 반영

5) 정혜경, “조선총독부의 노무동원 송출관련 행정 조직 및 기능 분석”, **일제강점하강제동원, 진상규명의 향후 과제**(2012, 국무총리소속 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자등지원위원회)(이하 정혜경), 13-14.

6) 정혜경, 3.

7) 정혜경, 18-19.

8) 정혜경, 30.

- ② 2단계(요청 단계): 사업주, 신청수 결정하여 부현장관을 통해 모집 신청 → 후생성이 사정하여 조선총독부에 요청 → 조선총독부, 문서 접수
- ③ 3단계(노무자 동원 단계): 조선총독부, 해당 도에 업무 하달 → 도 및 부, 군, 도(島)를 거쳐 읍과 면의 담당자(서기, 구장, 경찰서 및 주재소, 읍면 유력자) 및 관련 단체(총력연맹, 직업소개소, 조선노무협회, 조선토목건축협회)에게 하달 → 각 읍면에서 노무자 선정 업무를 수행 → 부, 군, 도(島) 및 도를 거쳐 노무자 선정 결과를 조선총독부에 상신 → 각 읍면, 수송일정에 따라 송출 준비 완료
- ④ 4단계(수송 단계): 조선총독부, 수송 업무 주관 → 수송관련 부서, 조선노무협회가 수송을 담당. 수송업무 수행 이후 조선총독부에 보고 → 조선총독부, 송출 해당 지역의 관련자(사업주, 부현장관, 후생성)에게 통보 → 현지, 조선인 노무자 인계

## 2. 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 지원법」에 의한 강제노동의 피해자 인정과 미수금의 지원금 지급

대한민국 정부는 일제강점기 강제징병·징용 등의 피해에 대한 진상을 규명하기 위해 2004년 11월에 「일제강점기 강제동원피해 진상규명위원회」를 발족하였다. 그리고 2007년 11월 23일 강제동원 피해자의 보상 등을 내용으로 한 「태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 법률」이 제정되어 「태평양전쟁 전후 국외 강제동원 희생자 등 지원위원회」가 발족하였다. 이어서 대한민국정부는 2010년 3월에는 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 지원에 관한 특별법 (이하, 대일항쟁기 강제동원 피해조사법)」이 제정되어, 종전의 「일제강점기 강제동원 피해 진상규명위원회」와 「태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자 등 지원위원회」를 통합하여 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원위원회 (이하 동위원회)」를 발족하였다.

대일항쟁기 강제동원 피해조사법 제2조 제3호는 국가총동원법이 제정된 후에 동원된 노무자들을 강제노무자로 보고 있다.<sup>9)</sup> 동위원회는 강제동원의 피해사실을 판정하고,

9) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “대일항쟁기 강제동원 피해”란 만주사변 이후 태평양전쟁에 이르는 시기에 일제에 의하여 강제동원되어 군인·군무원·노무자·위안부 등의 생활을 강요당한 자가 입은 생명·신체·재산 등의 피해를 말한다.
2. “피해자”란 제1호에 따른 대일항쟁기 강제동원 피해를 입은 사람으로서 제8조 제3호에 따라 피해자로 결정된 사람을 말한다.

국외강제동원자에 대하여는 지원금을 지급하고 있다.<sup>10)</sup> 동위원회는 노무자에 대하여는 지급받지 못한 미수금에 대한 지원을 실행하고 있다. 즉, 일본의 미수금공탁서의 자료에 기초하여 미수금 지원금(공탁금 내역 확인시 1엔당 2,000원 환산)을 지급하고 있다. 다만, 노무자에 대한 지원금 지급을 위해서는 일본 측 미수금공탁서가 필요하기 때문에 다양한 외교 채널을 통해 일본 측에 관련자료의 제공을 계속 요청하고 있다.

대한민국정부는 일본정부로부터 인수받은 노무자공탁금자료(조선인노무자공탁금 명부 부분)에 기초하여 피해자의 신청을 받아 노무자의 미수금에 대한 지원을 실행하고 있다.<sup>11)</sup> 동위원회가 인수한 노무자공탁금명부 DB에는 공탁서 1,318건, 공탁

- 
3. “국외강제동원 희생자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.
    - 가. 1938년 4월 1일부터 1945년 8월15일 사이에 일제에 의하여 군인군무원 또는 노무자 등으로 국외로 강제동원되어 그 기간 중 또는 국내로 돌아오는 과정에서 사망하거나 행방불명된 사람 또는 대통령령으로 정하는 부상으로 장애를 입은 사람으로서 제8조 제6호에 따라 국외강제동원 희생자로 결정을 받은 사람
    - 나. 「일제강점하 강제동원피해 진상규명 등에 관한 특별법」(이 법에 따라 폐지되는 법률을 말한다. 이하 같다) 제3조 제2항 제4호나 이 법 제8조 제3호에 따라 피해자로 결정을 받은 사람으로서 1938년 4월 1일부터 1945년 8월 15일 사이에 일제에 의하여 군인·군무원 또는 노무자 등으로 국외로 강제동원되어 그 기간 중 또는 국내로 돌아오는 과정에서 사망하거나 행방불명된 사람
    - 다. 사할린 지역 강제동원 피해자의 경우는 1938년 4월 1일부터 1990년 9월 30일 까지의 기간 중 또는 국내로 돌아오는 과정에서 사망하거나 행방불명된 사람
  4. “국외강제동원 생존자”란 1938년 4월 1일부터 1945년 8월 15일 사이에 일제에 의하여 군인·군무원 또는 노무자 등으로 국외로 강제동원되었다가 국내로 돌아온 사람 중 국외강제동원 희생자에 해당되지 못한 사람으로서 제8조 제7호에 따라 국외강제동원 생존자로 결정을 받은 사람을 말한다.
  5. “미수금피해자”란 1938년 4월 1일부터 1945년 8월 15일 사이에 일제에 의하여 군인·군무원 또는 노무자 등으로 국외로 강제동원 되어 노무제공 등을 한 대가로 일본국 및 일본 기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 급료, 여러 가지 수당, 조위금 또는 부조료 등(이하 “미수금”이라 한다)을 지급받지 못한 사람으로서 제8조 제6호에 따라 미수금피해자로 결정을 받은 사람을 말한다.
- 10) 사망 또는 행방불명된 피해자 유족에 대해 2,000만원, 장애를 입은 경우에는 2,000만원 이하 범위에서 장애 정도에 따라 지급하고, 의료지원금(연 80만원), 미수금 지원금(공탁금 내역 확인시 1엔당 2,000원 환산)을 지급하고 있다.
- 11) 2004년 11월 일제강점하강제동원피해진상규명위원회가 설립된 후 그 해 12월 한일정상회담에서 노무현 대통령이 강제동원 희생자의 유골봉환 문제를 제기하여 2005년 2월 한일정부간 한일유골문제협의회가 발족하게 되었다. 한일유골문제협의회는 2005년 5월 25일 공탁금 및 후생연금 명부 문제를 정식 안건으로 제안한 후, 2005년 6월 16일 일제강점하강제동원피해진상규명위원회가 일본 정부에 자료를 요청하였다. 2007년 12월에 일본정부로부터 군인·군속 공탁금에 관한 관련 자료(11만명 분)를 인수하였고, 한일



금액 1억 2,800만엔, 공탁내역 17만 3천건이 기재되어 있다.<sup>12)</sup> 이 중 조선인노무자 등재건 수는 64,279건(37.1%)이었고 금액은 35,170,613엔이다.<sup>13)</sup> 동위원회가 인수한 자료는 강제동원 노무자 가운데 일부의 기록이다. 이는 조선인노무자 총 수목 64,279건은 일본지역 피동원자 추정치 (6,080만 명)에 비해 극히 일부에 지나지 않는 것이다.<sup>14)</sup>

이 사건 원고들은 대일항쟁기강제동원피해조사법에 의하여 1943. 9. 10부터 1945. 6. 11. 사이에 강제동원된 피해자로 인정받았다. 그들은 이 기간 동안의 미수금된 금액을 (주)신일본제철에 대하여 청구하였다.

#### IV. 소멸시효의 남용에 관한 대법원의 법리

대상판결의 원심판결(서울고법 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결)은 확인할 길이 없다. 다만 소멸시효의 남용에 관한 유사한 대법원판결(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결)의 원심판결(부산고법 2009. 2. 3. 선고 2007나4288 판결)을 통하여 이 대상판결의 원심법원의 판결의 내용을 짐작할 수 있다. 부산고법은

유골문제협의회에서 2010년 1월 8일 ‘조선인 노무자공탁금 부분 일체’를 제공받았다. 그 후 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원위원회」가 부분을 인수하여, 결과보고 하였다(문서번호 조사1과-3392).

12) 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원위원회, 노무자공탁금 자료 분석 결과 보고, 3.

13) 1946년에 조선인 미불금을 조사하기 위해 만든 자료인 ‘조선인노동자에 관한 조사결과’ (위 인정1-2, 이하 ‘조사결과’, 1990년 수교 자료)와 미불금액 차이가 확인되었다. 이는 대부분의 공탁금액이 ‘조선인노동자에 관한 조사결과’ 미불금 기재내역에 비해 적게 기재된 때문이었다.

대기업	공탁 자료 기재 내용	비고	조선인 동원 추정치
미쓰비시(三菱) 그룹	5,298명 772,500엔 65 전	계열사 10개소	1만명
미쓰이(三井) 그룹	1,668명 500,578엔 47 전	계열사 5개소	33,000명 (일본석탄통제회 자료)
스미토모(住友) 그룹	3,447명 361,499엔 78 전	계열사 4개소. 6건에 불과	
아사(麻生)그룹	140명 10,260엔 83 전	계열사 2개소. 7개 광산 운영 1개소분 (구바라 광산)만 공탁	10,623명 (후생성자료)

일제강점기에 일본 정부에 의하여 강제징용되어 일본국 내 기업에서 강제노동에 종사한 대한민국 국민이 그 기업을 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구 및 임금 등 청구를 한 사안에서, 위 손해배상채권이 반인도적인 전쟁범죄에 관련된 것이라는 사정만으로 소멸시효의 적용을 배제할 수 없고, 위 손해배상채권은 불법행위가 있는 날로부터는 물론 그 후 대한민국과 일본국의 국교가 정상화된 날로부터 기산하더라도 10년이 경과하여 이미 시효로 소멸하였고, ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’의 존재 또는 대일 민간청구권의 소멸을 규정한 일본 국내법의 제정·시행 등의 사정만으로는 소멸시효가 진행하지 않는 법률상의 장애사유가 있었다고 볼 수 없다고 판시하였다. 이 대상판결의 원심판결도 원고들의 국내법상 불법행위에 기한 손해배상청구권은 시효의 완성으로 모두 소멸하였다고 판단하는 것을 전제로 판시하고 하고 있다.<sup>15)</sup> 다시 말하면, 이 사건 원고들의 청구권은 ‘한일청구권협정’에 포함되지 않았다고 하더라도, 1945. 8. 15. 해방 이전에 발생한 권리로서 이미 소멸시효가 완성되었다는 것이다. 그러나 대상판결은 원고들의 권리가 이미 소멸시효가 완성되었다고 하더라도 일정한 장애사유가 있음을 이유로 피고가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하고 있는 것이다. 이하에서는 소멸시효의 남용에 관한 대법원의 법리를 요건과 효과로 나누어 검토하기로 한다.

## 1. 소멸시효의 남용의 요건에 관한 대법원의 법리

소멸시효남용과 관련하여 권리행사상의 장애사유에 대하여 민법과 판례가 이를 어떻게 다루고 있는지를 살펴보기로 한다.

### (1) 민법 제166조 제1항의 “권리를 행사할 수 있는 때”의 의미: ‘권리행사’상의 ‘법률상의 장애’가 없는 것

소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(제166조 제1항). 즉, 소멸시효는 권리자가 권리를 행사할 수 있는데도 불구하고 권리를 행사하지 않는 때, 즉 권리의 불행사가 있는 때에 진행한다. 그런데 권리의 불행사는 법률상 장애 또는 사실상의 장애로 인한 것일 수가 있다. 이에 대하여 통설은 권리의 불행사란 ‘법률

15) 대상판결은 미간행 판결이어서, 원심법원의 판결도 대법원종합법률 사이트에서 확인할 길이 없었다.

상의 장애'가 없음에도 불구하고 권리를 행사하지 않는 것 즉, 법률상 장애로 인한 권리의 불행사를 말한다고 한다.<sup>16)</sup> 판례도 마찬가지이다.<sup>17)</sup> 예를 들면, 기간(확정기한 또는 불확정기한)의 미도래나 정지조건의 불성취 등이 법률상의 장애에 해당한다. 그런데 기간이 도래하지 않은 권리나 정지조건이 성취되지 않은 권리는 권리 발생상의 장애사유가 있는 것으로도 볼 수도 있지만, 민법 제148조·제149조와 제154조에 의하여 그러한 권리도 처분 등이 인정된다는 점에서 일단 권리로서의 발생이 인정되고 단지 권리행사상의 장애가 있는 것으로 인정되는 것이다. 다시 말하면 이는 결국 권리의 행사상의 법률상의 장애를 '권리를 행사할 수 없는 사유'로 보는 것이다. 이에 반하여 권리가 행사에 법률적 장애는 없지만 권리자가 권리가 발생한 사실을 모르는 장애, 권리의 존재나 의무자를 알지 못하는 장애와 같은 사실상의 장애는 권리자의 과실의 유무를 불문하고 소멸시효기간의 진행에 장애가 되지 않는다. 이를테면 이러한 장애는 단순한 권리행사상의 '사실상의 장애'에 지나지 않는 것으로 민법 제166조 제1항의 권리를 행사할 수 없는 사유에 해당하지 않아 소멸시효의 개시에 아무런 장애가 되지 않는 것이다.

## (2) '권리의 행사'상의 그 밖의 장애에 관한 민법과 판례의 태도

민법과 판례는 일정한 장애를 권리행사상의 장애사유로 규율하고 있다. 이를 살펴보면, 첫째, 민법(제766조)은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 알지 못한다는 사실상의 장애가 있는 경우 소멸시효의 개시를 인정하지 않고 있다. 또 판례는 그 밖에 일정한 사유가 있으면 소멸시효의 개시를 인정하지 않는다. 이는 사실상의 장애를 법률상의 장애에 준하여 취급하는 것이라고 할 것이다. 둘째, 민법(제179조 내지 제182조)은 무능력자가 법정대리인이 없어 무능력자가 능력자가 되지 못하거나 법정대리인이 취임하지 않는 등의 장애가 있는 경우에는 소멸시효의 정지를 인정하여 소멸시효의 완성을 유예하고 있다. 권리행사상의 장애(이것이 사실상의 장애인지 또는 법률상의 장애인지는 후술한다)에 대하여 특별한 효과를 부여하는 것이다. 셋째, 판례는 일정한 경우 권리행사상의 사실상의 장애에 대하여

16) 박윤직·김재형, **민법총칙**[민법강의 I](이하 박윤직·김재형, 412; 이영준, **한국민법론**(박영사, 2004)(이하 이영준, 700; 박윤직 편집대표, **민법주해**[III] **총칙**(3)(박영사, 2010)(이하 **민법주해**[III] **총칙**(3)), 461.

17) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 전원합의체 판결; 대법원 2005. 4. 28. 선고 2005다3113 판결; 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결 등 참조.

권리남용의 법리를 인정하고 있다. 즉, 판례는 소멸시효의 완성은 인정하지만, 채무자가 소멸시효완성을 원용할 수 없도록 하고 있다. 이하에서 이들 각 경우에 대하여 차례로 살펴본다.

(가) ‘권리의 행사’상의 ‘사실상의 장애’에 대한 소멸시효기간 개시의 불인정

민법과 판례는 일정한 경우 ‘권리의 행사’에 대한 ‘사실상의 장애’가 존재함을 이유로 소멸시효의 개시 자체를 인정하지 않는다. 우선 민법 제766조가 이에 대하여 명문의 규정을 두고 있다. 또 판례도 제166조(제1항)의 예외를 인정하여 일정한 사실상의 장애가 있으면 소멸시효의 개시를 인정하지 않는다.

① 민법 제766조가 정하는 ‘권리의 행사’에 대한 ‘주관적’ ‘사실상의 장애’<sup>18)</sup>

민법 제766조는 “불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.”고 규정하고 있다. 기술한 바와 같이, 소멸시효제도의 일반이론에 의하면 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 권리자가 손해가 발생한 사실과 가해자가 누구인가를 과실없이 알지 못한 경우에도 시효가 진행되어야 한다. 그럼에도 불구하고 민법 제766조는 피해자가 손해와 가해자를 안 날을 소멸시효의 기산점으로 함으로써 ‘권리의 행사’에 대한 ‘객관적’ 법률상의 장애가 없으면 소멸시효가 진행된다는 일반원칙에 대한 예외를 인정하는 것이다.<sup>19)</sup> 이를테면 ‘권리의 행사’에 대한 주관적 ‘사실상의 장애’를 인정하는 것이 된다.<sup>20)</sup> 사실상의 장애에 관한 입증 책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 채무자에게 있다. 가해행위자와 배상의무자가 다른 경우 누가 가해자인지에 대하여는 불법행위자설과 배상의무자설이 대립하고 있다. 판례는 손해배상청구의 상대방으로 될 자, 즉 배상의무자를 가해자로 보아 배상의무자설을 취하고 있다.<sup>21)</sup>

18) 권리자의 주관적 사정으로 인한 사실상의 장애가 ‘권리발생’상의 장애인지 아니면 ‘권리행사’상의 장애인지가 문제될 수 있다. 권리자의 주관적 사정에 의하여 권리의 발생을 인식하지 못하였다고 본다면 권리발생상의 장애라고 할 수 있고 반대로 권리자의 주관적 사정에 의하여 권리행사를 하지 못하였다고 본다면 권리행사상의 장애라고 할 수 있을 것이다. 민법 제166조 제1항에 비추어 볼 때 이는 주관적 사정으로 인한 권리행사상의 장애로 보는 것이 타당할 것이다.

19) 곽윤직, **채권각론[민법강의 IV]**(박영사, 2000), 592.

20) 대법원 1977. 6. 7. 선고 76다2008 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다977,81다카500 판결; 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다32913 판결.

손해 및 가해자를 알지 못한 ‘주관적’ 사실상의 장애란 어떠한 의미를 갖는가? 첫째, 판례는 가해행위가 위법한 행위임을 인식하지 못하는 경우 ‘손해 및 가해자를 알지 못하는’ 것에 해당한다고 한다. 따라서 위법한 행위임을 인식하는 데에 사실상의 장애가 있는 경우에는 역시 시효는 진행되지 않는다.<sup>22)</sup> 예를 들면, 위법한 가처분 명령의 집행으로 손해를 받은 자는 상대방의 청구권이 가처분명령 당시 없었음이 재판상 확정된 것을 안 때로부터,<sup>23)</sup> 위법한 고소로 구속당한 피해자는 무죄판결이 확정된 때로부터,<sup>24)</sup> 은행대리가 수기식통장을 발부한 경우의 피해자는 상고심판결을 통하여 예금계약이 부인된 때로부터 시효가 진행된다.<sup>25)</sup> 이는 위법행위를 인식하여야만 사실상의 장애가 제거되는 것으로 보는 것이다. 둘째, 판례는 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 알지 못하는 경우에도 ‘손해 및 가해자를 알지 못하는’ 것이라고 한다.<sup>26)</sup> 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 알아야만 사실상의 장애가 제거되는 것으로 보는 것이다. 셋째, 판례는 피해자나 법정대리인이 정신적 능력 내지 지능이 없는 경우에도 ‘손해 및 가해자를 알지 못한’ 것이라고 한다.<sup>27)</sup> 판례는 피해자나 법정대리인이 해당 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식할 만한 정신적 능력 내지 지능이 있어야 하고 이러한 정신적 능력 내지 지능이 있었는지 여부는 결국 구체적인 사건에 있어서 여러 사정들을 참작하여 판단할 사실인정의 문제라고 한다. 정신적 능력이 없는 경우에는 사실상의 장애를 인정하는 것이 된다. 넷째, 판례는 ‘손해 및 가해자를 안다’는 것은 손해의 발생사실과 그 손해가 가해자의 불법행위로 인하여 발생하였다는 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미한다고 한다.<sup>28)</sup> 다만, 판례는 특별한 노력이나 비용을 들이지 않고서도 일반적으로 손해의 발생을 알 수 있었던 경우에는, 피해자가 손해를 인식한 것으로 본다. 그리하여 손해발생의 인식은 손해발생의 추정이나 의문이 아니라 현실적이고도 구체적으로 알아야 하지만,<sup>29)</sup> 손해의 정도나 액수까지 구체적으로 알아야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>30)</sup>

21) 대법원 1977. 6. 7. 선고 76다2008 판결.

22) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다33450 판결.

23) 대법원 1963. 11. 7. 선고 63다626 판결.

24) 대법원 1965. 5. 4. 선고 64다1696 판결.

25) 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결.

26) 대법원 1995. 11. 10. 선고 95다32228 판결.

27) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결.

28) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결.

29) 대법원 1991. 3. 22. 선고 90다8152 판결.

30) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다29924 판결; 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다30352 판결;

판례는 피해자가 손해의 결과발생을 실제로 알았느냐의 여부에 관계없이 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 소멸시효가 진행된다고 본다.<sup>31)</sup> 예를 들면, 1951년경 발생한 거창사건에서 대법원은 1951. 12. 16. 고등군법회의에서 양민학살사건에 동원된 군인들에 대한 유죄판결이 선고된 시점에 손해 및 그 가해자를 알았다고 할 것이므로, 국가배상청구권에 관한 단기소멸시효가 그 판결의 확정시점으로부터 진행된다고 봄이 상당하다고 판시하였다.<sup>32)</sup> 여기서 ‘손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때’를 기준으로 하더라도 그것이 피해자의 ‘주관적’ 사실상의 장애를 말하는 것임에는 아무런 변함이 없다. 다섯째, 판례는 가해행위를 한 날과 손해가 발생한 날 사이에 시간이 경과하는 경우에는 실제 손해가 발생한 날을 손해발생시점으로 본다.<sup>33)</sup> 예를 들면, 가해자의 위조에 의한 소유권이전등기가 경료한 후 제3자가 소유권을 취득하여 피해자가 소유권을 상실하게 되는 경우가 이에 해당한다. 판례의 이러한 태도도 ‘손해 및 가해자를 안다’는 것을 사실상의 의미로 이해하는 것이 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 민법 제766조가 규정하고 있는 바는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 경우 ‘법률상의 장애’가 없음에도 불구하고 ‘손해 및 가해자를 알지 못하는’ ‘사실상의 장애’가 있으면 소멸시효는 진행이 않는다고 함으로써, 소멸시효의 일반원칙에 대하여 예외를 인정하는 것이 된다.

## ② 판례가 인정하는 ‘권리의 행사’에 대한 ‘사실상의 장애’

판례는 권리자가 손해의 발생여부 또는 권리의 발생 여부를 과실 없이 객관적으로 알기 어려운 상황에 있는 경우 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행된다고 보는 것은 “정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없다.”는 이유로 소멸시효는 개시되지 않는다고 한다. 그런데 전술한 바와 같이, 권리자가 권리의 존재, 손해의 발생, 의무자를 알지 못하는 것과 같은 사실상의 장애는 권리자의 과실의 유무를 불문하고 소멸시효의 진행에 장애가

대법원 1998. 7. 24. 선고 97므18 판결.

31) 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카25168 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결.

32) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결. 이 판결의 평석에 대하여는 김시철 “국가배상청구에 대한 소멸시효 항변에 관한 신의성실의 원칙과 입법부작위 내지 입법과정에 의한 국가배상책임의 성립요건 등에 대하여(2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결)”, **대법원판례해설**, 제75호(2008, 법원도서관)(이하 김시철), 275-303 참조.

33) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결.

되지 않는 것이 소멸시효기간의 개시에 관한 기본원칙이다.<sup>34)</sup> 그러나 판례는 예를 들면, 법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 ‘권리의 발생 여부를 과실 없이 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우’에는 이사회결의부존재확인판결의 확정과 같이 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다고 한다.<sup>35)</sup> 또 판례는 보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 제3자의 보험사고에 대한 무죄판결에 의하여 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.<sup>36)</sup> 이 사건에서 대법원은 보험사고는 1988. 3. 11.에 발생하였다고 볼 수밖에 없지만, 소외 이○○이 자동차를 운전하다가 교통사고를 일으킨 것으로 공소가 제기되어 1990. 7. 4. 제1심법원에서 무죄의 판결을 선고받을 때까지는, 소외 망 최○○이 자동차를 운전하다가 교통사고를 일으켜 사망하는 이 사건 보험사고가 발생한 사실이 객관적으로 확인되지 않고 있다가, 1990. 7. 4.에야 보험사고의 발생이 객관적으로 확인될 수 있게 되었고 보험금액청구권자의 원고들도 그때에야 보험사고의 발생을 알 수 있게 되었다고 보아야 할 것이라고 판단한 원심판결을 인용하였다.

‘권리의 발생 여부를 과실없이 객관적으로 알기 어려운 상황에 있을 경우’나 또는 ‘권리자가 과실없이 손해발생을 알지 못하는 것’이 ‘권리의 발생’에 관한 사실상의 장애인지 아니면 ‘권리의 행사’에 대한 사실상의 장애인지가 문제이다. 판례도 언급하고 있는 바와 같이, 이 경우에는 ‘권리의 발생’, ‘손해발생’을 과실 없이 알기 어렵다는 주관적 사정이 있을 뿐이다. 판례가 소멸시효가 진행하지 않는다고 판단한 것은 이들 사정은 ‘권리의 행사에 대한 사실상의 장애’이지만, 법률적 장애에 준하여 취급한다는 것이다. 판례는 ‘권리의 발생 여부를 과실 없이 객관적으로 알기 어려운 상황에 있을 경우’나 또는 ‘권리자가 과실 없이 손해발생을 알지 못하는 경우’에는 소멸시효기간의 개시를 인정하는 것은 ‘정의와 형평’에 맞지 않을 뿐만 아니라 ‘소멸시효제도의 존재이유’에도 부합하지 않는다고 판단아래 ‘권리의 행사’에 관한

34) 박윤직·김재형, 411; 이영준, 700.

35) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결. 같은 취지의 판결 대법원 2003. 2. 11. 선고 99다66427, 73371 판결.

36) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결.

법률상의 장애가 있는 경우와 동일하게 취급하는 것이다. 이 경우에는 어디까지나 ‘권리의 발생’에 대하여 과실 없이 알기 어려웠다는 ‘주관적 사정’이 있을 뿐이기 때문이다. 미리 말하지만, 이 경우 ‘정의와 형평에 맞지 않고 소멸시효제도의 존재 이유에도 부합하지 않는 경우’라는 판시는 일응 후술하는 바와 같이 소멸시효남용의 법리와 동일한 측면이 있다.

한편, 판례는 ‘보험금액청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었을 때’ 또는 ‘객관적으로 청구권자의 발생을 알 수 있게 된 때’부터 소멸시효가 진행되는 것이라고 판시하여 사실상의 장애사유가 마치 민법 제766조의 주관적 사실상의 장애사유인 것처럼 보고 있다. 그러나 실질적으로는 제3자의 보험사고의 발생에 대한 무죄판결 또는 이사회결의부존재의 확인판결이 있었던 때에 비로소 권리자는 권리의 행사를 알았거나 알 수 있었던 것으로 보고 있으므로, 실질적으로는 이는 주관적 사실상 장애사유가 아니라 객관적인 사실상의 장애에 해당한다고 할 것이다.

판례의 이러한 태도는 민법 제766조와 유사하게 ‘권리행사’에 관한 법률상의 장애가 없음에도 불구하고 사실상의 장애가 있으면 소멸시효기간은 진행이 되지 않는다는 예외를 인정하는 것이 된다. 판례가 이러한 예외를 인정하는 것은 법률상의 장애와 사실상의 장애의 이분법에 기초하여, 전자에 대하여만 소멸시효의 진행을 인정하지 않는 태도에 반하는 것이라는 비판이 제기되고 있다. 그러나 반대로 이를 객관적 기대가능성이라는 측면에서 찬성하는 견해도 있다.<sup>37)</sup> 즉, 권리가 발생하였지만 객관적으로 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 장애사유가 있고 그 장애의 정도가 법률상 장애에 준한다고 평가된다면 그 장애가 제거될 때까지는 ‘권리를 행사할 수 있는 때’에 이르지 않았다는 해석도 가능하다는 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 후자의 견해를 지나치게 확장하여 객관적인 기대가능성을 넓게 인정하는 경우에는 소멸시효제도 자체를 부정하게 된다는 위험이 있게 된다고 할 것이다.

(나) ‘권리의 행사’에 대한 ‘법률상의 장애’ 또는 ‘사실상의 장애’에 의한 소멸시효의 정지  
민법(제179조 내지 제182조)은 ‘소멸시효가 거의 완성되어 갈 무렵’에 권리자에게 시효를 중단시키는 것이 불가능하거나 대단히 곤란한 사정이 존재하는 경우 시

37) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, **재산법연구**, 제26권 제1호(2009)(이하 권영준, 18; 김학동, “소멸시효의 기산점에 관한 판례분석”, **민법의 과제와 현대법의 조명**(경암 홍천통박사학갑기념)(1997), 98.

38) 권영준, 18.



효기간의 진행을 일시적으로 멈추게 하고, 그러한 사정이 없어졌을 때에 나머지 기간을 진행시킨다. 다시 말하면, 권리는 일단 발생하여 소멸시효가 진행됨에는 아무런 문제가 없지만 권리자에게 시효를 중단시키는 것이 불가능하거나 대단히 곤란한 사정이 존재하는 경우 소멸시효의 진행을 일시적으로 멈추게 하는 것이다. 따라서 소멸시효는 그 만료전 일정시기부터 해당 사유가 종료하기까지 그 진행이 일정기간 유예된다.<sup>39)</sup> 이것이 이른바 소멸시효정지 제도이다. 한편 학설(다수설)은 소멸시효의 정지는 취득시효에 준용한다는 규정이 없음에도 불구하고, 그 준용을 인정하고 있다.<sup>40)</sup> 또 소멸시효의 정지가 제척기간에 준용할 수 있는지에 대하여도 학설이 대립하고 있다. 다수설은 준용규정이 없음을 이유로 부정하나, 소수설은 천재 지변으로 인한 시효정지의 사유(제182조)만은 제척기간에도 준용되어야 한다고 한다.

민법(제179조 내지 제182조)은 다섯 가지의 소멸시효정지사유를 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 첫째, 무능력자가 법정대리인이 없거나, 무능력자가 능력자가 되지 못하거나, 법정대리인이 취임하지 않은 경우(사정1)(제179조), 둘째, 무능력자가 재산을 관리하는 부, 모 또는 후견인에 대하여 권리를 가지고 있으나 그가 능력자가 되지 못하거나 후임 법정대리인이 취임하지 않은 경우(사정2)(제180조 제1항), 셋째, 부부가 혼인 관계 중에 있는 경우(사정3)(제180조 제2항), 넷째, 상속재산에 속하거나 상속재산에 대하여 권리를 가지고 있는 경우 상속인이 확정되지 않거나, 관리인이 선임되지 않거나 또는 파산선고를 받은 경우(사정4)(제181조), 다섯째, 천재 기타의 사변이 있는 경우(사정5)(제182조) 등이다.

소멸시효정지의 효력은 천재지변의 사유가 있는 경우에는 시효만료 1월전(제182조)까지 그 밖의 경우에는 시효만료 6월 전(제179조 내지 제181조)까지는 시효가 완성되지 않는다. 즉, 천재지변의 사유가 있는 경우에는 시효만료 1월 전부터 그 밖의 경우에는 시효만료 6월 전부터 소멸시효의 진행이 정지된다. 예를 들면, 사정1이 소멸시효 만료 6월 전에 종료하는 경우에는 고려하지 않고, 그 후까지 존속하는 경우에만 고려의 대상이 됨에는 의문이 없다. 그런데 사정1이 소멸시효 만료 6월전에 발생하였으나 6월이 만료되기 전에 종료된 경우에는 어떻게 되는가? 이 경우에도 사정1이 종료된 후 6월의 유예기간이 경과하여야 소멸시효가 완성된다고 할 것이다.

39) 민법주해[III] 총칙(3), 544.

40) 이영준, 700.

41) 민법 제179조와 제180조에 대하여는 성년후견제의 개정(2011. 3. 7.)으로 인하여 개정이 있었다.

그러나 사정1이 소멸시효 만료 전 6월 이내와 만료시점 사이의 기간에 발생하여 소멸한 경우에는 어떻게 할 것인가가 문제이다. 이 경우에도 사정1이 종료된 후 유예기간 6월이 경과한 때 소멸시효가 완성되는가이다. 이는 민법의 규정만으로는 명확하지 않다. 이 경우에도 유예기간 6월이 경과한 후에 소멸시효가 종료된다고 보는 것이 타당할 것이다.

소멸시효의 정지사유는 소멸시효가 개시된 다음의 문제이다. 이것도 ‘권리발생’상의 장애사유가 아니라 ‘권리행사’상의 장애사유라고 할 것이다. 다시 말하면, 이들 사정은 소멸시효의 개시 당시부터 존재하였더라도 권리발생 자체와는 관련이 없으므로 소멸시효의 개시에는 아무런 방해가 되지는 않는다. 즉, 이 사정들은 기간의 미도래나 조건 불성취와 같이 원천적으로 소멸시효의 진행을 불가능하게 하는 사정은 아닌, 권리의 행사에 대한 장애에 지나지 않는 것이다. 그러면 이들 사정은 ‘사실상의 장애’인가 아니면 ‘법률상의 장애’인가? 첫째, 사정3과 사정5는 권리행사에 있어서 사실상의 장애사유에 해당한다는 데에 아무런 의문이 없다. 둘째, 사정1과 사정2의 경우 무능력자가 대리인이 없거나 능력자가 되지 않았다는 것은 일응 법률상의 장애라고 볼 수 있다. 그러나 무능력자는 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 얼마든지 할 수 있으므로(민법 제5조 단서), 반드시 이들을 반드시 권리행사상의 법률상의 장애라고 볼 수는 없는 것이다. 셋째, 사정4의 경우에도 상속인이 확정되지 않았거나, 관리인이 선임되지 않았거나 또는 파산선고를 받은 경우란 권리행사의 법률상의 장애에 존재하게 된다. 요컨대 민법의 소멸시효정지사유란 ‘권리의 행사’에 존재하였던 사실상의 장애 또는 법률상의 장애를 고려한 사유라고 할 것이다.

(다) ‘권리의 행사’에 대한 ‘사실상의 장애’ 등에 의한 소멸시효완성 후의 권리남용의 법리 판례는 소멸시효 완성 전에 ‘권리의 행사’에 대하여 일정한 ‘사실상의 장애’가 있는 경우 소멸시효남용의 법리도 인정하고 있다. 뿐만 아니라 소멸시효 완성 후의 장애사유에 대하여도 소멸시효남용의 법리를 인정하고 있다. 판례는 소멸시효남용의 법리는 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것으로 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다고 하면서도,<sup>42)</sup> 예외적으로 다음과 같은 요건이 갖추어지면 소멸시효남용이

<sup>42)</sup> 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

된다고 한다. 첫째, 시효완성 전에 채무자가 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우(사정1), 둘째, 시효완성 전에 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 경우(사정2), 셋째, 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우(사정3), 넷째, 시효완성 후에 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 경우(사정4) 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하고 있다.<sup>43)</sup> 이러한 소멸시효의 권리남용의 법리는 권리남용의 일반적 요건에서처럼 채무자 측의 고의 또는 해악의 의사는 요구하지 않는다.

판례의 이러한 태도는 일본에서 인정되고 있던 소멸시효남용이론을 수용한 것으로서, 1994년에 최초의 판결(대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결)을 내린 이래로 일본의 학설과 판례상의 권리남용의 유형화를 대체적으로 그대로 수용하고 있다.<sup>44)</sup> 일본에서의 소멸시효남용에 대하여 먼저 검토를 한 후, 우리 판례의 태도에 대하여 살펴보기로 한다.

### ① 일본의 판례

일본의 경우 독일의 판례가 소개된 후, 판례가 소멸시효남용을 널리 인정하였고, 학설도 이를 지지하게 되었다고 한다.<sup>45)</sup> 이를 구체적으로 살펴보면, 일본 최고재판소는 소화 41년(1966년) 4. 20.자 판결에서, “시효의 완성 후 채무자가 채무의 승인을 하는 것은 시효에 의한 채무소멸의 주장과는 상용될 수 없는 행위여서, 상대방도 채무자는 이미 시효의 원용을 하지 않을 취지라고 생각할 수 있으므로, 그 이후에는 채무자에게 시효의 원용을 인정하지 않는 것으로 해석하는 것이 신의칙에 비추어볼 때 상당하다.”고 판단한 이래, 시효법의 영역에 신의칙, 즉 권리남용의

43) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결; 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결.

44) 같은 취지, 박종훈, 81.

45) 半田吉信, “消滅時効の援用と信義則”, *ジュリスト*, 872号(이하 半田吉信), 79-81; 山崎敏彦, “消滅時効の援用と信義則・権利濫用”, *民法判例レビュー*(이하 山崎敏彦), 148-149; 渡辺博之, “時効の援用と信義則・権利の濫用(上)”, *判例時報*, 1436号(이하 渡辺博之), 156-161.

법리의 적용을 인정하는 판결이 증가하고 있다.<sup>46)</sup> 그리고 소화 51년(1976년) 5. 25.자 판결에서,<sup>47)</sup> “가족상속을 한 장남이 가정재판소의 조정절차에 의하여 어머니에게 그 노후의 생활보장과 자매의 부양료 내지 혼인비용 등에 충당할 목적으로 농지를 어머니에게 증여하고 인도를 마친 후에 어머니가 20년 동안 농지를 경작하고 자매의 부양 내지 혼인 등의 제비용을 부담한 사실관계에서, 어머니로부터 농지법 제3조의 허가신청에 협력을 청구당한 장남이 그 허가신청협력청구권에 대하여 소멸시효를 원용하는 것은 권리의 남용에 해당한다.” 판시함으로써,<sup>48)</sup> 소멸시효 남용의 이론이 본격적으로 수용하게 되었다.

일본의 학설은 판례가 소멸시효원용 내지 원용권의 행사에 신의칙 또는 권리 남용의 법리의 적용하는 것에 대하여 이를 비판하는 소극설과 이를 옹호하는 적극설이 대립하고 있는바, 통설은 적극설의 입장을 취하고 있다.<sup>49)</sup> 그리고 학자들은 대체로 소멸시효남용의 요건을 첫째, 권리자의 권리행사 내지 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 의무자 측의 시효 완성 전의 행동이 있는 경우, 둘째, 의무자 측의 그러한 행동은 없었지만 그에 상당하는 객관적인 사정이 있는 경우, 셋째, 시효가 일단 완성된 후 의무자 측이 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우, 넷째, 채권자 보호의 필요성이 크고 또한 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 부당하거나 불공평한 경우 등으로 유형화하고 있다.<sup>50)</sup>

일본의 경우 모순되는 선행행위의 존재에 중점을 두고 있는 독일의 경우와는 달리 다양한 사례들에 있어서 비교적 넓게 소멸시효의 남용을 인정하고 있으며, 단기소멸시효에 있어서 뿐만 아니라 10년, 20년의 장기소멸시효의 경우에도 소멸시효남용의 법리를 인정하고 있다고 한다.<sup>51)</sup>

## ② 우리 판례

판례상 권리남용의 요건인 사정들에 대하여 검토하면 다음과 같다.

46) 山崎敏彦, 146.

47) 判例時報, 819号 41.

48) 해당 판결의 평석에 대하여는, 幾代通, 136-144 참조.

49) 渡辺博之, 159-160.

50) 渡辺博之, 162-168.

51) 윤진수, 소멸시효의 남용에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문(1984), 79-82.

#### ㉔ 사정1

채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하는 사정1에는 어떠한 경우가 있는가? 판례를 살펴보면 채무자인 피고가 적극적으로 채권자인 원고의 소재지 등 시효중단 조치가 불필요하다고 믿게 하고 이를 소청심사위원회에 의한 구제절차의 종료시까지 미루도록 유인하거나,<sup>52)</sup> 입출금확인서 등을 발행하여 권리자의 권리가 정당하게 유지되는 것으로 안심시키는 행위를 하거나,<sup>53)</sup> 피고 소속 교도관들이 계호근무준칙 등에 따라 원고에게 집필내용의 요지를 문의하였으나 이에 불응하였다는 이유로 원고가 신청한 집필을 허가하지 아니하거나, 원고가 어머니와 접견하던 중 위에서 본 취지의 말을 하였다는 이유로 교도관들이 그 접견을 중지시키는 행위<sup>54)</sup> 등은 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하는 행위에 해당한다고 한다.

#### ㉕ 사정2

시효완성 전에 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유로 인하여 소멸시효남용의 법리가 적용되는 사정2에 해당하는 경우에는 어떠한 것이 있는가? 판례에 의하면, 피고가 기존 근로자들에게 불리하게 퇴직금규정을 개정하면서 그들의 기득이익을 보호하기 위하여 부칙의 경과규정을 두면서도, 그 적용 범위에 관하여 그들에게 유리한 경우에만 적용한다는 명시적인 규정을 두지 아니하였고, 또한 부칙을 적용하면 오히려 기존 근로자들에게 불리한 결과가 된 것은 위 부칙을 규정한 때로부터 13년여의 세월이 흐른 다음부터여서, 부칙을 적용하여 자신들에 대한 퇴직금을 산정하면 아니 된다는 점을 원고들이 알기 어려웠다고 보여지고 피고 역시 부칙을 기존 근로자들에게 유리한 경우에만 제한적으로 적용하여야 한다는 사실을 전혀 알지 못하고 계속하여 적용하여 온 것으로 보여지는바, 그렇다면 원고들이 이 사건 추가 퇴직금을 구하는 권리행사를 하지 아니한 것은 앞서 본 김○○ 등이 제기한 소송의 대법원판결이 선고될 때까지는 법규범적 성격을 가지고 있는 취업규칙의 부칙이 정당하다고 신뢰한 때문이라고 보아야 할 것이고 부칙이 제한적으로 적용되어야 한다는 점을 피고의 고문 변호사나 노무사, 그리고

<sup>52)</sup> 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다29895 판결.

<sup>53)</sup> 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결.

<sup>54)</sup> 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다60392 판결.

심지어 김○○ 등이 제기한 위 소송의 제1심법원조차 알지 못하였다면, 원고들이 위와 같이 신뢰한 것에 어떠한 과실이 있다고도 보기 어렵다 할 것이어서, 이러한 원고들에게 부칙의 적용 범위에 관한 의심을 가지고 소송을 제기하여 추가 퇴직금 청구권을 행사할 것을 기대하기는 어렵다 할 것인 바, 위와 같은 상황 하에서는 원고들에게는 객관적으로 이 사건 추가 퇴직금청구권을 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에서까지 이 사건 피고가 주장하는 소멸시효 항변을 받아들이는 것은 이 사건 원고들에게 너무 가혹한 결과가 되어, 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>55)</sup> 또 판례는 비록 원고가 요양불승인처분에 대한 취소판결을 받기 전에는 휴업급여를 청구하더라도 휴업급여가 지급되지 않을 것으로 믿고 요양불승인처분 취소소송의 판결확정시까지 별도로 피고에게 휴업급여를 청구하지 않았던 것으로 보이는바, 이와 같은 상황은 일반인의 입장에서 보았을 때에도 채권자가 권리행사하는 것을 기대하기 어려운 특별한 사정이 있었던 것으로 평가될 수 있으므로, 원고에게는 객관적으로 이 사건 휴업급여청구권을 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 봄이 상당하고 판시하여 채무자의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>56)</sup> 이 판례에서 의무자 측에는 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 바는 없었지만 그에 상당하는 객관적인 사정이 있는 경우라고 보고 있다. 이러한 사정에 대하여는 사실상 장애사유로도 족하거나 또는 반드시 장애사유라고 말하기 어려운 것이어도 소를 제기할 것을 기대하기 어려운 경우면 족하고 다만, 일반인의 눈으로 보았을 때 그러한 권리행사를 기대하기 어렵다는 등의 사정이 있어 채권자가 권리를 행사하지 아니한 것이 사회적으로 상당한 것으로 평가될 수 있어야 하며 소를 제기할 것을 기대하기 어렵게 된 것이 채무자 측에 의하여 유발된 경우가 많겠지만 반드시 그럴 필요는 없다는 견해가 있다.<sup>57)</sup> 생각건대 사실상의 장애사유가 된 경우에만 소멸시효남용의 법리를 허용하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 소멸시효남용의 법리가 법원의 자의적인 판단에 따라 결정되는 문제가 있다고 할 것이다.<sup>58)</sup> 한편 판례는 임용기간이 만료된 국공립대학 교원

55) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결.

56) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두2173 전원합의체 판결.

57) 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제42호(법원도서관, 2003)(이하 이주현), 581.

에 대한 재임용거부처분에 대하여는 이를 다룰 수 없다는 대법원의 종전 견해의 존재가 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없게 한 특별사정에 해당하지 않고,<sup>59)</sup> 자신들의 시위전력 때문에 불합격 처분이 되었음을 그 당시 짐작하였던 원고들이 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 결정이 나기 전까지는 불합격처분의 구체적이고 자세한 내막까지는 몰랐다는 사유만으로는 원고들의 권리행사에 어떠한 객관적인 장애사유가 있다고 볼 수 없다고 하여,<sup>60)</sup> 권리남용의 법리의 적용을 배척하고 있다.

### ㉔ 사정3

시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하여서 소멸시효 남용이 인정되는 사정3은 어떠한 경우인가?<sup>61)</sup> 사정3은 동시에 시효이익의 포기와도 중첩되는 문제가 있는바, 시효이익의 포기에 해당하지 아니하는 경우가 이에 해당한다고 할 것이다.<sup>62)</sup> 시효이익의 포기가

58) 대법원(2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결)이 소멸시효남용의 법리의 적용을 배척한 사례가 있는데, 해당 사례가 바로 사정2가 적용되어 소멸시효남용법리가 인정되어야 하는 사안이라는 견해가 있다(박종훈, 106). 사안에서 원고는 1956년경 피고(대한민국)로부터 징집영장을 받고 학도의용군으로 참전한 사실을 들어 징집면제를 요청하였으나 학도의용군으로 참전했는지 알 수 없을 뿐만 아니라 학도의용군은 군번이 없고 정식 군인이 아니라는 이유로 거절된 다음 1956. 9. 11. 다시 현역으로 입대하여 육군으로 복무하다가 1959. 8. 1. 만기 제대하였다. 그 후 원고는 1999. 12. 1. 피고 산하 서울지방병무청장에게 위와 같은 군복무에 대하여 적절한 보상 기타 배상을 하여 달라고 진정하였으나 적절한 보상 등이 이루어지지 않자, 2002. 12. 12. 원고를 1957. 8. 15.경 즉시 전역시켰어야 함에도 이를 간과하고 이중으로 군복무를 시켰다는 이유로 국가를 상대로 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 위 견해는 이 경우 원고로서는 비록 자신의 군복무가 이중 복무가 되어 국가에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 점을 알고 있었다 하더라도 병적관리자인 피고가 원고의 학도의용군 참전 사실을 공식적으로 확인해 주지 아니한 상태에서 피고를 상대로 이중 복무로 인한 손해배상청구의 소를 제기하는 것을 기대하기란 사실상 어렵다고 보아야 한다고 한다.

59) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결.

60) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다92784 판결.

61) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다49417 판결이 사정3에 관한 판결이라는 견해가 있다 [강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, **법조**, 통권 제593호(2006, 법조협회)(이하 강우찬), 270]. 그러나 채무자가 이 사건 채권을 양수하였음을 전제로 하여 채무를 변제할 것을 약속한(필자 주, 채무승인) 후에 다시 채무승인의 효력을 부인하면서 소멸시효의 항변을 하는 것이 신의성실 또는 금반언의 원칙상 허용되지 않는다는 것을 말하는 것일 뿐이지, 이 사건이 소멸시효남용의 법리(사정3) 자체에 대한 판결은 아니라고 할 것이다.

유효하려면 포기하는 자가 시효완성 사실을 알고 있어야 하므로, 시효완성 후에 시효완성 사실을 모르고 채무승인을 한 경우에는 시효이익의 포기로 구성할 수는 없고 소멸시효남용의 법리로 해결할 수밖에 없다.<sup>63)</sup> 대법원은 시효완성 후에 채무를 승인한 때에는 시효완성 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정하여 시효이익 포기로서의 효력을 인정하므로, 사정3에 소멸시효남용의 법리가 적용되는 경우는 실제로 많지 않다. 예를 들면, 국가에게 일정한 배상책임을 부담시키는 법률 개정안이 국회에서 심의된 적이 있다는 사정만으로는 피고가 그 시효의 이익을 포기하거나 그 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보인 것이라고 평가할 수 없다고 한다.<sup>64)</sup>

사정3에 대하여 소멸시효남용의 법리를 인정한 대법원의 판례는 없었고, 하급심 판례만 존재하였다.<sup>65)</sup> 그러나 최근(2013. 5. 16.) 이를 인정한 판례가 나왔다. 대법원은 과거사정리법(2005. 5. 31.자 법률 제7542호)은 한국전쟁 전후 희생사건을 포함하여 그 적용대상 사건 전체에 대하여 제정된 기본법으로서 단순히 역사적 사실의 진상을 규명함으로써 왜곡되거나 오해가 있는 부분을 바로잡고 희생자들의 명예 회복을 도모하는 데 그치는 법이 아니라 개별 피해자를 특정하여 피해 경위 등을 밝히고 그에 대한 피해회복까지를 목적으로 하여 제정된 법률인바, 개별 피해자가 사법절차를 통한 손해배상청구를 하는 것은 배제된다고 하려면 법률에서 그러한 취지의 규정을 두어 밝힌 경우에 한한다 할 것이라고 판단한 후, 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제 방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 구체적인 소송사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 파생적인 법적 의미가 있으므로, 과거사정리법의 적용대상이 되는데도 불구하고 그에 근거한 진실 규명신청조차 없었던 경우에는 국가가 소멸시효를 주장하더라도 이는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하지 않지만, 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 있었고, 피고 산하 정리위원회도 망인들을 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을

62) 박중훈, 95.

63) 박중훈, 95.

64) 김시철, 293.

65) 서울동부지방법원은 채무자가 시효완성 이후 일부 설계용역대금을 지급하지 않은 상태에서 채권자에게 설계도면의 보충 납품을 요구한 경우 시효를 원용하지 않을 듯한 태도를 보였기 때문에 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시하였다(서울동부지방법원 2005. 3. 24. 선고 2004가합10037 판결).



한 사실을 알 수 있으므로 위 망인들의 유족인 원고들로서는 그 결정에 기초하여 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우 피고가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당함에도 불구하고 피고가 원고들에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용에 해당한다 할 것이어서 이는 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>66)</sup> 한편 판례는 취득시효의 경우 시효남용의 법리를 인정하고 있다.<sup>67)</sup> 대법원은 취득시효기간 만료 후 국가에 대하여 무단점유 사실을 확인하면서 당해 토지에 관하여 어떤 권리도 주장하지 아니한다는 내용의 각서를 작성·교부하였다가 후에 취득시효 주장을 한 경우 신의칙상 허용되지 않는다고 판시하고 있다.

#### ㉠ 사정4

시효완성 후에 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 사정4에는 어떠한 경우가 있는가? 사정4의 경우 채권자보호의 필요성이란 국가의 경우 국가가 우월한 공권력의 주체로서의 국가기관이 국민에 대하여 행한 통상의 공무수행을 벗어난 지극히 강압적이고 위법한 공권력의 집행으로 인하여 국민의 기본권이 심각하게 침해되는 등의 특수한 사정이 있는 경우라는 견해가 있다.<sup>68)</sup> 그러나 실제로 사정4에 대하여는 소멸시효남용의 법리를 적용한 고등법원의 판결은 존재하지만,<sup>69)</sup> 대법원의 판결은 존재하지 않는다. 서울고등법원은 30여 년 전 중앙정보부 소속 공무원들에 의하여 발생한 고 최종길 교수 사망사건에 관하여 그 유족들이 국가 등을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에서, 유족들에게 그 청구권을 행사할 수 없는 객관적인 사정이 있었거나 또는 소멸시효를 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하다는 등의 특별한 사정이 있으므로, 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 판시하였다.

66) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

67) 대법원 1998. 5. 22. 선고 96다24101 판결.

68) 박중훈, 104.

69) 서울고법 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결.

## 2. 소멸시효의 남용의 효과에 관한 대법원의 법리

소멸시효의 남용을 인정하는 경우 그 법적 효과는 어떻게 되는지에 대한 학설과 그 동안의 판례를 살펴본다.

### (1) 소멸시효의 효과에 대한 절대적 소멸설과 상대적 소멸설

절대적 소멸설이든 상대적 소멸설이든, 소멸시효의 남용이 인정되는 경우 비록 소멸시효는 완성되었지만, 채권자의 권리는 소멸하지 않았던 것이 된다.<sup>70)</sup> 첫째, 절대적 소멸설에 의하면, 변론주의의 취지상 시효의 이익을 받을 채무자가 소멸시효의 완성으로 권리가 소멸하였음을 주장·입증하지 않으면 법원은 이를 직권으로 고려하지 못하는바, 채무자가 소멸시효를 주장·입증하는 경우 채권자가 반대로 소멸시효남용을 주장하면 그 결과 권리는 소급하여 소멸하지 않은 것이 된다. 둘째, 상대적 소멸설에 의하면 소멸시효의 이익을 받을 채무자에게 권리의 소멸을 주장할 시효원용권이 발생하는데, 소멸시효남용의 법리에 의하면 이 원용권의 행사가 인정되지 않으므로, 채권자가 소멸시효남용의 주장을 하지 않더라도 권리는 소멸하지 않았던 것으로 된다.

### (2) 채권자의 권리 상태에 관한 학설

구체적으로 소멸시효의 남용의 법리를 인정하면 해당 권리는 어떠한 상태에 놓이게 되는지가 문제이다. 소멸시효가 완성된 후 다시 소멸시효가 진행되는가? 아니면 채권자는 신의칙상 일정한 기간 내에 권리를 행사하여야 하는가? 이에 대하여는 다양한 견해가 제시되고 있다. 첫째, 채무자의 승인 등의 채무자의 행위가 있는 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다는 견해가 있다. 둘째, 소멸시효의 남용을 초래한 사정이 해소된 후 채권자는 신의칙상 상당하다고 인정되는 기간 안에 소를 제기하는 등의 방법으로 권리를 행사하여야 한다는 견해가 있다. 이 경우 ‘상당한 기간’이란 단기간이라는 견해와 장기간이라는 견해가 대립하고 있다.<sup>71)</sup> 단기간설은 소멸시효남용의 법리가 명문의 규정에 의하여 인정된 권리가 아니고 권리남용금지라는 일반조항에 의하여 인정된 법리라는 점을 고려하여 단기간으로 제한하여야 한다고 한다.<sup>72)</sup> 또는 소멸시효의 남용을 이유 있게 하는 사정이 해소된 때에는 채권자는

70) 같은 취지, **민법주해**[III] 총칙(3), 412.

71) 상세한 것은, 박중훈, 101 참조.

72) 윤진수, 소멸시효의 남용에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문(1984), 91.

신의칙상 상당하다고 인정되는 기간 안에 소를 제기하는 등의 방법으로 권리를 행사하여야 신의칙에 의한 보호를 받을 수 있으므로, 상당한 기간은 비교적 단기간으로 보는 것이 당사자의 이익균형상 맞다고 한다.<sup>73)</sup> 즉, 구체적·개별적 사정을 검토하여 채무자의 채무승인 이후 상당한 기간(위 행위로부터 기산하여 본래의 시효기간보다 단기간 일수도 장기간 일수도 있다고 생각된다)이 경과하여 채권자의 신뢰가 소멸하였거나 보호할 가치가 없다면 신의칙의 적용 없이 채무자의 소멸시효 주장을 받아들여야 할 것이다.<sup>74)</sup> 이에 반하여 장기간설은 소멸시효중단의 경우에 준하여 장기간으로 하여야 한다고 한다. 셋째, 소멸시효의 남용을 이유 있게 하는 사정이 계속되고 있는 동안은 이를 소멸시효기간에서 제외하여야 한다는 견해가 있다. 이는 일종의 소멸시효정지와 유사한 효과를 인정하는 것이 된다. 넷째, 소멸시효남용의 법리가 적용되는 요건이 다양하므로 일률적으로 말할 수는 없고 사정1 내지 사정3의 경우와 사정4의 경우를 구별하여야 한다고 한다.<sup>75)</sup> 사정1 내지 사정3의 경우는 특별한 사정이 없는 한 권리를 행사하지 못한 사정이 소멸하거나 채무자의 채무승인이 있을 때로부터 당해 채권의 소멸시효기간 내에 제소한 경우에는 채무자는 소멸시효를 원용할 수 없으나, 사정4의 경우는 채권자 보호의 필요성이라는 권리남용으로 되는 사정이 존재하는 한 기간의 경과 여부에 관계없이 채무자는 소멸시효를 원용할 수는 없다고 한다.<sup>76)</sup>

### (3) 판례

이 대상판결을 포함한 그 동안의 판례는 소멸시효의 완성을 인정하고 나서, 채무자가 소멸시효의 남용을 이유로 소멸시효 완성의 효과를 누릴 수 없다고만 판시하였다. 그러나 판례는 최근 상당기간설(단기간설)을 취하고 있다.<sup>77)</sup>

73) 이정치, “소멸시효 이익의 포기과 소멸시효 중단사유로서 소송고지”, **민사판례연구**, 제32권(박영사, 2010)(이하 이정치), 192.

74) 이정치, 213.

75) 박중훈, 102.

76) 박중훈, 102.

77) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

## V. 소멸시효남용의 법리에 관한 판례의 그 문제점

판례가 일반적으로 ‘권리의 행사’에 대한 사실상의 장애에 대하여 소멸시효남용의 법리를 인정하는 경우 그 문제점을 요건상의 문제점과 효과상의 문제점으로 나누어 살펴본다.

### 1. 소멸시효남용의 요건상의 문제점

#### (1) 요건의 다양성

소멸시효남용의 요건인 사정들은 그 자연적 성질이 매우 다양하다. 해당 사정들은 여러 가지 기준에 따라 여러 가지로 구별할 수 있다. 첫째, 사정이 소멸시효 완성 전에 발생한 사정인지 아니면 소멸시효 완성 후에 발생한 사정인지로 구별할 수 있다. 사정1·사정2는 소멸시효 완성 전에 발생 한 사정이고, 사정3·사정4는 시효 완성 후에 발생한 사정이다. 둘째, 사정이 채무자의 행위에 의한 사정이나 그렇지 않느냐에 따라 구별할 수 있다. 사정1·사정3은 채무자의 행위에 의한 사정이고, 사정2·사정4는 채권자 측의 사정이라고 할 수 있다. 사정4의 경우 채무자의 다른 채권자에 대한 이행이라는 사정이 있기는 하지만, 이는 채권자보호의 필요성이라는 채권자 측의 사정이라고 볼 수 있다. 셋째, 사정이 사실상의 장애사유이나 아니냐로 구분할 수 있다. 그리고 사실상의 장애사유는 다시 권리발생상의 장애이나 권리행사상의 장애이냐로 구별할 수 있다. 사정1은 채무자의 행위에 의한 권리행사상의 장애사유라고 할 수 있다. 한편 사정2에 대하여는 판례는 사실상의 권리행사상의 장애사유라고 한다. 그런데 기존의 판례는 사실상의 장애사유에 대하여 예외적으로 소멸시효기간의 진행을 인정하지 않고 있다. 따라서 사정1의 경우는 소멸시효의 기산점과는 무관하지만 사정2는 소멸시효의 기산점과 관련이 있다고 할 것이다. 이에 반하여 사정3·사정4는 소멸시효 완성 후의 사정으로서 권리발생의 장애사유에도 권리행사상의 장애사유에도 해당하지 않는다.

#### (2) 법적 의미의 다양성

소멸시효남용의 요건인 사정들이 갖는 법적 의미도 다르다고 할 것이다. 사정1·사정3의 경우 채무자의 행위가 신의칙 또는 금반언의 원칙(또는 모순행위금지의 원칙)(Estoppel)에 위배되는 행위로 볼 수 있다. 사정1의 경우 채권자가 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게

하는 행동을 한 후에 소멸시효남용을 주장하는 것은 모순적인 행위이다. 또 사정3의 경우 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보인 후 시효 완성을 원용하는 행위 역시 모순적 행위에 해당한다. 그리고 사정4의 경우 채무자의 모순행위가 존재하지 않지만 ‘현저히 부당하거나 불공평한’ 결과가 발생하므로 신의칙상 수용할 수 없다고 볼 수가 있다. 그러나 사정2의 경우 채무자의 모순된 행위도 신의칙에 반하는 사정도 찾아 볼 수 없다. 사정2는 채무자의 행위와 관계 없이 권리행사에 대한 사실상의 장애사유가 있을 뿐이다.

### (3) 소멸시효남용의 법리적용의 타당성에 대한 학설

판례가 이상의 사정들에 대하여 소멸시효남용의 법리를 적용하는 것에 대하여 소멸시효의 개시를 늦추는 것은 기존의 소멸시효의 이론을 완전히 뒤집는 것으로서 위헌성이 크고 근거도 별로 없는 이론으로 타당하지 않고, 소멸시효남용의 법리를 적용하는 것이 기존의 소멸시효의 기산점에 관한 법리를 허물지 않고도 문제를 해결할 수 있는 방법이라고 찬성하는 견해가 있다.<sup>78)</sup> 즉, 시효의 개시와 그에 따른 시효의 완성을 분리함으로써, 소멸시효의 이론 자체에 대한 문제를 야기하지 않는다는 장점이 있다고 볼 수 있다는 것이다. 또 우리 대법원이 제반사정이 있는 경우 신의칙 및 권리남용에 근거하여 소멸시효남용의 법리를 적용하는 것은 매우 의미 있다고 하는 견해도 제시되고 있다.<sup>79)</sup> 물론 판례가 성질이 서로 다른 사정에 대하여 소멸시효남용의 법리를 인정하는 것은 소멸시효의 개시 등에 관한 이론을 관철시킨 후 소멸시효가 갖는 여러 문제점들을 해결하기 위한 법리라는 불가피한 측면이 있다. 다시 말하면, 민법의 규정에 없는 잡다한 사정들을 하나의 소멸시효남용법리로 포섭한다면, 일단 시효완성의 사실을 인정하여 법률관계의 안정성을 추구할 수 있는 장점이 있다고 할 것이다.

그러나 이미 검토한 바와 같이, 소멸시효남용의 요건사실들 중 일정한 사정들은 이미 현행 민법 또는 판례 자체가 인정하고 있는 권리행사상의 장애로 인한 시효 기산불진행의 문제로 해결될 수 있다는 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 또 근본적으로 잡다한 사정들을 하나의 통일된 소멸시효남용의 법리에 포섭될 수 있는가 하는 것에 대하여는 본질적인 문제가 있다고 할 것이다.

<sup>78)</sup> 이주현, 581.

<sup>79)</sup> 강우찬, 259-294.

## 2. 소멸시효남용의 효과상의 문제점

### (1) 판례

대상판결은 소멸시효의 대상이었던 해당 권리가 구체적으로 어떠한 상태에 놓이게 되는지에 대한 아무런 언급을 하지 않음으로써 기존의 대법원의 판례와 궤를 같이 하였다.<sup>80)</sup> 즉, 대법원은 대상판결이 있는 2012. 5. 24. 이후에는 권리는 어떠한 상태에 놓이는지에 대하여는 침묵을 지키고 있다. 그 후 2013. 5. 16.에 대법원의 전원합의체판결이 나왔는데, 상당기간설(단기간설)을 취하고 있다.<sup>81)</sup> 이 사안은 과거사정리법상의 국가를 상대로 한 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 사안이다. 판례는 과거사정리법은 한국전쟁 전후 희생사건을 포함하여 그 적용 대상 사건 전체에 대하여 단순히 역사적 사실의 진상을 규명함으로써 왜곡되거나 오해가 있는 부분을 바로잡고 희생자들의 명예회복을 도모하는 데 그치는 것이 아니라 개별 피해자를 특정하여 피해 경위 등을 밝히고 그에 대한 피해회복까지를 목적으로 하여 제정된 법률임을 명시하여 밝히고 있는 법으로서, 단순히 역사적 사실관계를 규명하고 희생자의 명예회복을 추구하는 데 주된 목적이 있는 법률(그러한 예로, 「제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」, 「노근리 사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법」, 「거창사건 등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법」)이 아니라 개별 피해자에 대한 배상·보상이나 위로금을 지급해 줄 수 있는 근거를 마련하는 것까지도 목적으로 하는 법률(그러한 예로, 「민주화 운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」이나 「5·18 민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」, 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」)로서, 국가가 과거사정리법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시 규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고, 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송

<sup>80)</sup> 하급심(서울중앙지방법원 2005. 1. 26. 선고 2002가합33637 판결; 대구고등법원 2002. 7. 3. 선고 2001나9398 판결)의 판례는 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 소멸한 이후에 3년 또는 5년의 기간 동안 채권자가 권리를 행사하면 소멸시효남용의 법리가 인정되지 않는다고 한다.

<sup>81)</sup> 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 판시하였다. 즉, 판례는 채무자인 국가가 소멸시효의 이익을 원용하지 않을 것 같은 신뢰를 부여한 경우라고 전제한 후, “채무자가 소멸시효의 이익을 원용하지 않을 것 같은 신뢰를 부여한 경우에도 채권자는 그러한 사정이 있는 때로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야만 채무자의 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는데, 여기에서 ‘상당한 기간’ 내에 권리행사가 있었는지는 채권자와 채무자 사이의 관계, 신뢰를 부여하게 된 채무자의 행위 등의 내용과 동기 및 경위, 채무자가 그 행위 등에 의하여 달성하려고 한 목적과 진정한 의도, 채권자의 권리행사가 지연될 수밖에 없었던 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단할 것이나, 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로, 위 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다.”고 판시하였다.<sup>82)</sup>

## (2) 결어

소멸시효납용의 법리의 결과는 해당 권리가 놓이는 법적 상태는 요건사실의 특징으로부터 다양한 해결이 나올 수 있다고 할 것이다. 첫째, 사정1의 경우는 시효 완성 전에 채무자의 행위가 있었으므로, 이는 소멸시효정지사유와 전반적으로(민법 제182조의 천재·지변의 사유는 제외) 유사하다고 할 것이다. 다만, 일반 소멸시효 정지의 경우 채권자의 사정에 의하여 소멸시효가 정지되지만, 소멸시효납용의 경우는 채무자의 사정(사정1)이라는 점에 차이가 있을 뿐이다. 이 경우 일정의 유예기간을 (6월 또는 1월) 허용하여, 채무자의 행위가 종료된 때로부터 유예기간이 지나야 소멸시효가 완성된다고 할 수 있다. 또는 해당 사정이 소멸시효기간 개시부터 존재하였을 경우에는 판례가 민법 제166조(제1항)의 예외를 인정하였던 것처럼, 소멸시효기간 자체가 진행되지 않는다고도 할 수 있다. 실제로 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결의 원심판결은 피고의 지점장의 횡령행위가 발각된 날(1994. 11.경)로부터 소멸시효가 진행된다고 판단하였던 적이 있다.<sup>83)</sup> 둘째, 사정2의 경우는 민법

<sup>82)</sup> 이 판결에 대한 평석은 추후의 연구로 미룬다.

<sup>83)</sup> 이에 대하여 대법원은 피고의 소멸시효 항변이 권리납용에 해당한다고만 판시하였다(대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결).

제166조 제1항의 예외적 적용에 해당한다고 볼 수 있다. 예를 들면, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결의 사안에서 판례는 ‘권리행사’상의 사실상의 장애 사유가 있다고 보았다. 즉, 이는 이미 판례가 밝힌 바와 같이, 권리행사에 ‘법률적 장애’가 있었던 경우에 준하여 취급할 수 있는 것이다. 셋째, 사정3은 사례가 흔치 않아 단정 지을 수는 없으나, 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보였다면 시효 이익의 포기여 준하여 취급하면 된다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 시효의 포기여 볼 수 없는 경우에는 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 취하여 채권자에게 발생한 신뢰가 소멸한 후에 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 할 것이다. 넷째, 사정4의 경우에는 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무 이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되어 채권자를 보호할 필요성이 있다면 해당 사정이 종료된 후 상당한 기간 내에 권리를 행사하면 될 것이다. 해당 사정이 종료되지 않을 경우에는 상당한 기간은 진행되지 않는다고 할 것이다. 이상에서 소멸시효남용의 법리가 적용된 후의 권리의 구체적인 상태에 대하여 여러 가지로 생각할 수 있는 것은 소멸시효남용법리의 요건사실인 사정들이 그 성질과 법적 함의가 다르다는 데에서 이미 예견된 바라고 할 것이다. 또는 이는 민법이 신의칙 위반효과를 일률적으로 규정하고 있지 않다는 점에서도 그러하다고 할 것이다. 이 점은 소멸시효남용이라는 일률적인 법적 효과를 인정한다고 하더라도 마찬가지라고 할 것이다. 즉, 소멸시효남용의 요건사실이 다양하고 잡다하여 하나의 법적 효과를 부여하는 것이 적절하지 않다는 점에서 그러하다고 할 것이다.

### 3. 소결

이상에서 검토한 바와 같이, 소멸시효남용법리는 그 요건사실에 있어서 동일한 성질이 아닌 여러 사정이 포함되어 있고 또 후술하는 바와 그 효과에 있어서도 해당 권리가 놓이는 법적 상태도 다를 수가 있다. 하나의 법리가 성립하기 위해서는 이를 구성하는 사정들과 그 효과가 응축성과 결집성이 있어야 한다는 점에 비추어 볼 때, 현재의 소멸시효남용의 법리는 많은 문제점이 있다고 할 것이다.

## VI. 대상판결의 문제점: 소멸시효남용의 요건과 효과상의 문제점

대상판결은 원심과 같이 피고인 신일본제철(주)이 일제강제징용 피해자들의 불법



행위로 인한 손해배상청구의 소를 제기한 것에 대하여 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의칙 위반에 의한 권리남용에 해당한다고 판시하였다. 그 근거로 대법원은 첫째, 구 일본제철의 불법행위가 있는 후 1965. 6. 22. 한일 간의 국교가 수립될 때까지는 일본과 대한민국 사이의 국교가 단절되어 있었고 따라서 위 원고들이 피고를 상대로 대한민국에서 판결을 받더라도 이를 집행할 수 없었던 사실, 둘째, 1965년 한일 간에 국교가 정상화되었으나, 한일 한일청구권협정 관련 문서가 모두 공개되지 않은 상황에서 한일청구권협정 제2조 및 그 합의의사록의 규정과 관련하여 한일청구권협정으로 대한민국 국민의 일본 또는 일본 국민에 대한 개인청구권이 포괄적으로 해결된 것이라는 견해가 대한민국 내에서 일반적으로 받아들여져 온 사실, 셋째, 일본에서는 한일청구권협정의 후속조치로 재산권조치법을 제정하여 원고들의 청구권을 일본 국내적으로 소멸시키는 조치를 취하였고 공동원고들인 원고 여운택·신천수가 제기한 일본소송에서 한일청구권협정과 재산권조치법이 이들의 청구를 기각하는 부가적인 근거로 명시되기도 한 사실, 넷째, 원고들의 개인청구권, 그 중에서도 특히 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 한일청구권협정으로 소멸하지 않았다는 견해가 원고 여운택·신천수 등 강제동원 피해자들이 일본에서 소송을 제기한 1990년대 후반 이후에야 서서히 부각되다가 마침내 2005. 1. 한국에서 한일청구권협정 관련 문서가 공개된 뒤, 2005. 8. 26. 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 한일청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없다는 민관공동위원회의 공식적 견해가 표명된 사실, 다섯째, 구 일본제철과 피고의 동일성 여부에 대하여도 의문을 가질 수밖에 없도록 하는 일본에서의 법적 조치가 있었던 사실 등을 들고 있다. 이상의 제반 사실에 비추어 대법원은 원고들이 이 사건 소를 제기할 시점인 2005. 2. 28.까지는 대한민국에서 “객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다.”(사정2)고 하여, 피고가 소멸시효를 주장하는 것은 신의칙에 위반하여 권리남용이 된다고 판시하고 있다. 그런데 기술한 바와 같이, 우리 판례는 이와 유사한 사건에서 민법 제166조(제1항)의 예외를 인정하여 소멸시효의 진행 자체를 인정하지 않는다. 이러한 판례는 실상은 제3자의 보험사고에 대한 무죄판결의 부존재 또는 이사회결의부존재의 확인판결의 부존재를 이유로 소멸시효의 진행 자체를 인정하지 않은 것으로 실질적으로는 법률적 장애 이외에 객관적 사실상 장애사유에 대하여 소멸시효의 진행을 인정하지 않은 판례에 해당한다고 할 것이다. 그런데 대상판결이

인정하고 있는 한일간의 국교단절, 한일청구권협정 관련문서의 미공개 등의 제반 사실은 모두 ‘권리행사가 객관적으로 불가능한 사유’로서 모두 객관적 사실상의 장애사유에 해당한다고 하겠다. 그렇다면 대상판결은 소멸시효기간의 진행 자체를 인정하지 않아야 할 것이다. 그리고 이 사건은 손해배상채권이 반인도적인 전쟁범죄에 관련된 것이라는 사정만으로 소멸시효의 법리를 적용할 수 없다고는 할 수 없지만, 소멸시효의 기산점을 제한할 필요가 있다고 할 것이다.

## VII. 결 어

민법 제166조 제1항이 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.”라고 규정하고 있는 것은 학설과 판례에 의하여 ‘권리행사’에 있어서 ‘법률상의 장애’가 없는 때 소멸시효기간이 개시된다는 것으로 해석되고 있다. 한편 우리 민법과 판례는 그 밖에 ‘권리행사’에 대한 사실상의 장애에 대하여 여러 효과를 부여하고 있다. 첫째, 판례는 민법 제166조 제1항의 적용에 있어서 예외적으로 ‘정의와 형평’과 ‘소멸시효제도의 존재이유’에 부합하지 않는 ‘권리의 행사’에 대한 사실상의 장애에 대하여도 역시 소멸시효의 개시 자체를 인정하지 않는다. 즉, 판례는 법이 정하는 이외의 사유에 대하여도 소멸시효기간의 진행 자체를 인정하지 않는다. 둘째, 민법 제766조는 ‘손해 및 가해자’를 알지 못하는 ‘권리의 발생’에 대한 ‘주관적’ 사실상의 장애가 있는 경우에는 소멸시효의 개시 자체를 인정하지 않는다. 셋째, 민법 제179조 내지 제182조는 소멸시효 완성 전의 ‘권리의 행사’에 대한 사실상의 장애 또는 법률상의 장애에 대하여 일정기간 소멸시효완성을 유예하고 있다. 넷째, 판례는 소멸시효 완성 전과 완성 후에 발생한 사정들에 대하여 소멸시효가 완성되더라도 소멸시효남용의 법리를 적용하여 채무자가 소멸시효완성의 효과를 주장할 수 없도록 하고 있다.

대상판결은 일제강점기 불법행위로 인한 한국인 노무자의 손해배상청구권의 행사에 대하여 신일본제철이 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의칙에 위반한다고 하였다. 대상판결은 다시 원고들이 언제까지 자신들의 권리를 행사하여야 하는가에 대하여는 언급한 바가 없다. 대상판결은 권리행사의 장애가 소멸된 후에 비로소 소멸시효기간이 진행된다는 것을 밝혀야 할 것이다. 소멸시효남용의 결과에 대법원 판례(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결)는 대상판결의 사안에는

적용되기 어렵다고 볼 것이다. 그런데 대상판결이 인정한 한·일간의 국교수교가 이루어지지 않은 사실(권리발생의 적극적 장애), 한일청구권협정이 체결된 사실(권리행사의 적극적 장애), 일본에서 개인의 청구권을 소멸시키는 법적 조치가 있었던 사실(권리행사의 적극적 장애), 2005. 1. 한일청구권협정 관련 문서가 공개되었고(권리행사의 소극적 장애 소멸), 2005. 8. 26.에 이르러서야 개인의 손해배상청구권은 한일청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없다는 민관공동위원회의 공식적 견해가 있다는 사실(권리행사의 소극적 장애 소멸)들은 바로 ‘권리의 행사’ 자체에 대한 객관적 사실상의 장애라고 할 수 있다. 이는 판례가 민법 제166조 제1항의 적용과 관련하여 예외적으로 ‘정의와 형평’과 ‘소멸시효제도의 존재이유’에 부합하지 않는 ‘권리의 행사’에 대한 사실상의 장애에 대하여 소멸시효기간을 진행시키지 않는 것과 유사한 경우라고 할 것이다. 즉, 판례가 궁극적으로 소멸시효남용의 법리를 통하여 얻으려고 하는 효과는 제166조 제1항의 적용과 관련하여 ‘정의와 형평에 맞지 않고 소멸시효제도의 존재이유에도 부합하지 않는 경우’의 효과와 동일하다고 할 것이다. 바로 이러한 점에서 대상판결이 해당 사건을 소멸시효의 남용에 의하여 규율하는 것은 적절치 않다고 할 것이다.

다른 한편 대법원의 판결은 다음과 같은 어려움을 안고 있다. 그것은 대법원판결이 일본에서 승인될 수가 있는가 하는 점이다. 일본의 판결을 국내 판결로 승인할 수 없는 것과 동일한 이유에서 일본도 대법원판결을 승인하지 않을 것이다. 결국 이 문제는 대한민국 정부와 일본 정부가 전면에서 나서서 해결하여야 할 문제라고 할 것이다. 보다 근본적으로, 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다고 볼 수도 있지 않을까? 전쟁 중 어느 국가가 다른 국가의 국민에 대하여 행한 불법행위(특히 고의에 의한 불법행위)에 대하여는 소멸시효의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 타당하지 않을까? 물론 이는 비재산권, 소유권, 상권, 담보물권 등이 소멸시효의 대상이 되지 않는 것과는 다른 차원의 문제이다. 원고의 권리들은 입법정책상 또는 국제법상 소멸시효의 대상이 되지 않는 성질을 가지고 있다고 볼 수도 있다. 그렇게 함으로써 사실상의 장애사유가 종료된 후 권리를 행사하지 않는 자와 권리를 행사하는 자 사이의 불평등의 문제를 해결할 수 있다고 할 것이다. 이는 원고들이 개별적으로 해결할 것이 아니라 집단적으로 해결하여야 할 성질이기에 때문에 더욱 그러하다.

한·일 양국의 해결에 앞서, 대한민국은 대법원의 판결에 기초하여 다음과 같은 조치를 취할 수 있을 것이다. 첫째, 한국인의 청구권에 대하여 소멸시효를 주장하는

기업에 대하여는 국내에서의 활동에 사실상 불이익을 주는 조치를 취할 수 있다. 둘째, 한국인의 청구권에 대하여 소멸시효를 주장하는 기업의 한국내 재산에 대하여 강제집행을 실행하는 방법이 있을 수 있다.

투고일 2013. 8. 11

심사완료일 2013. 8. 27

게재확정일 2013. 8. 30

## 참고문헌

- 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반여부에 관한 검토”, **법조**, 통권 제593호(2006, 법조협회), 259-294.
- 곽윤직 편집대표, **민법주해[Ⅲ] 총칙(3)**(윤진수 집필부분)(박영사, 2010).
- 곽윤직, **채권각론[민법강의Ⅳ]**(박영사, 2000).
- 곽윤직·김재형, **민법총칙[민법강의Ⅰ]**(박영사, 2012).
- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, **재산법연구**, 제26권 제1호(2009, 한국재산법학회), 1-40.
- 김시철, “국가배상청구에 대한 소멸시효 항변에 관한 신의성실의 원칙과 입법부 작위 내지 입법과정에 의한 국가배상책임의 성립요건 등에 대하여(2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결)”, **대법원판례해설**, 제75호(2008, 법원도서관), 275-303.
- 김학동, “소멸시효의 기산점에 관한 판례분석”, **민법의 과제와 현대법의 조명[경암 홍천룡박사화갑기념]**(1997), 80-98.
- 박종훈, “소멸시효의 원용과 권리남용(연구대상판결 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881판결)”, **판례연구**(부산판례연구회, 2009), 67-116.
- 윤진수, 소멸시효의 남용에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문(1984).
- 이범균, “국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하는지 여부에 관한 판단 기준(2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결, 공 2005상, 950)”, **대법원판례해설**, 제54호(2006, 법원도서관), 9-36.
- 이영준, **한국민법론**(박영사, 2004).
- 이정치, “소멸시효 이익의 포기과 소멸시효 중단사유로서 소송고지”, **민사판례연구**, 제32권(박영사, 2010), 175-222.
- 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제42호(법원도서관, 2003), 546-583.
- 정혜경, “조선총독부의 노무동원 송출관련 행정 조직 및 기능 분석”, **일제강점하 강제동원, 진상규명의 향후 과제**(2012, 국무총리소속 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자등지원위원회).
- 半田吉信, “消滅時効の援用と信義則”, **ジュリスト**, 872号, 79-81.
- 山崎敏彦, “消滅時効の援用と信義則・権利濫用”, **民法判例 レビュー**, 146-157.

渡辺博之, “時効の援用と信義則・権利の濫用(上)”, 判例時報, 1436号, 156-161  
幾代通, “消滅時効の援用が権利濫用にあたるとされた事例”, 民商法雑誌, 76-2,  
136-144.

일제강점하강제동원피해진상규명위원회, 조선여자근로정신대, 그 경험과 기억(2008,  
국무총리소속 일제강점하강제동원피해진상규명위원회).

\_\_\_\_\_, 강제동원기록총서 1, 강제동원명부해제집1 (2008, 국무총리소속 일제  
강점하강제동원피해진상규명위원회).

\_\_\_\_\_, 사진으로 보는 강제동원 이야기, 일본 홋카이도(북해도)편(2009, 국무  
총리소속 일제강점하강제동원피해진상규명위원회).

대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자등지원위원회, 노무자공탁  
금자료 분석 결과 보고.

\_\_\_\_\_, 일제강점하강제동원, 진상규명의 향후 과제(2012, 국무총리소속 대일  
항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자등지원위원회).

<Résumé>

## L'étude sur l'abus de la prescription extinctive de l'action contractuelle des dommages-intérêts contre l'entreprise japonaise née pendant la période coloniale du Japon

Nam, Hyo-Soon\*

La Cour suprême coréenne a prononcé une série d'arrêts à l'égard des demandes de dommages-intérêts formées par les travailleurs coréens requis pendant la période coloniale contre le Japon et les entreprises japonaises. Dans ces arrêts, la Cour suprême a remarqué que l'invocation de la prescription extinctive par les défendeurs constitue l'abus de la prescription extinctive au motif qu'il y avait eu des troubles d'exercer l'action des dommages-intérêts. A notre sens, à cet égard, il se pose deux questions importantes. D'une part, la Cour suprême a dû faire appel à la théorie de l'impossibilité d'exercice des droits au lieu d'à la théorie de l'abus de la prescription extinctive. D'autre part, en quelle situation se trouve l'action en question? Autrement dit, les titulaires de l'action en question doivent l'exercer jusqu'à quel moment.

Aux termes de l'article 166 (alinéa 1<sup>er</sup>), la prescription extinctive se compte du jour où il est possible de faire valoir les droits. Autrement dit, le délai de la prescription extinctive commence à courir à partir du jour où le titulaire de droit a pu l'exercer. Il est reproché au créancier de ne pas s'être manifesté suffisamment tôt alors qu'il était en mesure de le faire. Il est unanimement admis qu'il s'agit de l'impossibilité d'agir de droit non de fait. Pourtant la jurisprudence admet que le délai de la prescription extinctive ne commence pas à courir même par l'impossibilité d'agir de fait. En outre, les articles 179 à 182 du Code civil coréen prévoient la suspension de la prescription extinctive. Par exemple, selon l'article 179, la prescription extinctive ne s'achève pas dans le délai de six mois si les capables restreints étaient sans les

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

représentants légaux (article 179).

L'abus de faire appel à l'invocation de la prescription extinctive n'est pas prévu par le Code civil. C'est admis par la jurisprudence. Dans divers cas, la Cour suprême admet que le débiteur ne peut pas bénéficier de l'abus de la prescription extinctive. Par exemple, lorsque les débiteurs empêchent l'exercice de droit ou l'interruption de la prescription extinctive de la part du créancier, ils ne sauraient invoquer la prescription extinctive. A ce domaine, la Cour suprême a dû faire appel à la théorie selon laquelle le délai de la prescription extinctive ne commence pas à courir. Cela revient à dire que la prescription extinctive commence à courir au moment où n'a disparu l'impossibilité d'agir.

Mots clés: l'action de dommages-intérêts contre entreprise japonaise née pendant la période coloniale, l'abus de faire appel à l'invocation de la prescription extinctive, le point de départ du délai de la prescription extinctive, l'inexécution du droit, le trouble de la naissance de droit, le trouble de droit ou de fait de l'impossibilité d'agir, la suspension de la prescription extinctive